

LEGALIDAD Y FLEXIBILIDAD EN EL EJERCICIO DE LA POTESTAD ECLESIAÍSTICA*

JUAN FORNÉS

SUMARIO

I • INTRODUCCIÓN. **II • LEGALIDAD.** 1. La legalidad en materia administrativa. 2. La legalidad en materia penal. 3. La legalidad en materia procesal. **III • FLEXIBILIDAD.** 1. La dispensa. **a)** Nociones generales. **b)** Potestad eclesiástica y dispensa. **c)** Configuración jurídica. **d)** La dispensa como acto administrativo singular. 2. El privilegio. 3. Referencia a la disimulación y a la tolerancia. **IV • LA EQUIDAD Y EL EJERCICIO DE LA POTESTAD ECLESIAÍSTICA.**

I. INTRODUCCIÓN

Dentro del tema general de este Simposio —*La dimensión de servicio en el gobierno de la Iglesia*— se me ha encomendado una ponencia que, según el texto del documento en el que se me invitaba amablemente, en su versión inicial llevaba por título *Legalidad y flexibilidad en el ejercicio de la potestad eclesiástica (equidad, dispensa, tolerancia...)*. Como puede observarse, los organizadores del Simposio incluso habían dejado unos puntos suspensivos, sin duda para respetar —y ampliar, en su caso— la libertad de expresión del ponente, con los solos límites, lógicamente, de los derechos de los demás y del orden público...

Ya se ve, por tanto, que debemos centrar nuestra atención en la correcta explicación de los términos del título, al tiempo que se acotan adecuadamente los confines de nuestro discurso que, en todo caso, pretende tener un carácter de síntesis.

* Ponencia desarrollada el 18 de septiembre de 1997 en el IV Simposio del Instituto Martín de Azpilcueta (17-19.septiembre.1997) sobre el tema general «La dimensión de servicio en el gobierno de la Iglesia».

Legalidad, flexibilidad, potestad eclesiástica, equidad, dispensa, tolerancia. Comencemos por el principio: *legalidad*.

II. LEGALIDAD

En el ámbito de la acción de gobierno, que es el tema de este Simposio, la *legalidad* busca encuadrar tal acción dentro del marco de la ley; es decir, se contrapone, en principio, a la *discrecionalidad*, tratando, en el fondo, de evitar la *arbitrariedad*.

1. *La legalidad en materia administrativa*

En efecto, en materia administrativa el principio de legalidad supone —como es bien conocido de todos— la necesidad de la sumisión del acto a lo prescrito en la ley (y también a las costumbres). Y, como consecuencia, la posibilidad de impugnación y de revisión jurisdiccional, en su caso. Basta recordar, en esta línea, lo establecido en el c. 38: «todo acto administrativo (...) carece de efecto en la medida en que (...) sea contrario a una ley o a una costumbre aprobada...»; sin que constituya obstáculo a lo aquí dicho lo añadido por el aludido precepto legal: «a no ser que la autoridad competente hubiera añadido de manera expresa una cláusula derogatoria» (c. 38 *in fine*). Y esto porque, aparte la cierta imprecisión de la expresión empleada —«cláusula derogatoria»¹—, es necesario distinguir bien

1. Como se ha escrito a este respecto, «al hablar de “cláusula derogatoria” el presente canon, que reproduce en ese punto el tenor de su antecedente en el CIC 17 (c. 46, *De re-scriptis*), utiliza una expresión imprecisa, o que puede dar lugar a confusión. En efecto, en el caso de la ley no se trata propiamente de una derogación. Quizá el uso de esa expresión estuviera justificado en el CIC anterior por la influencia de la noción clásica de dispensa como *casualis derogatio* de una ley; pero en realidad (...), un acto administrativo singular no afecta nunca directamente a la ley o costumbre, que siguen vigentes e intactas: simplemente impide que sus efectos normales se produzcan en un caso determinado. (...) Por eso tal “cláusula derogatoria” puede ponerse en virtud de la potestad ejecutiva, que es la propia de la *autoridad competente* para todo acto administrativo; y ello aunque la autoridad ejecutiva que la pone sea el legislador. Los actos jurídicos públicos se realizan en virtud de la potestad que requiere su propia naturaleza, y en el caso que contemplamos no se da una derogación —que requeriría necesariamente potestad legislativa—, sino un efecto que el Código considera típico de la potestad ejecutiva. La eventual circunstancia de que el autor de un acto administrativo singular goce también de potestad legislativa, en cualquier ámbito, no disminuye

entre actos administrativos *ilegales* (que son verdaderos actos *ilegítimos* y, por supuesto, impugnables) y actos administrativos contrarios a *una* ley o a *una* costumbre, pero realizados de acuerdo con lo establecido en *la* ley.

Los primeros son aquellos que incumplen las normas reguladoras de los elementos esenciales del acto, o las relativas a la competencia para realizarlo, o al procedimiento. Son, por tanto, actos nulos o anulables². En cambio, los segundos son actos realizados por la autoridad en el ejercicio de la función ejecutiva³, que, si contradicen lo prescrito con carácter general en la ley o en la costumbre, lo hacen en virtud de la autorización proveniente de otra ley para situaciones jurídicas determinadas. Por consiguiente, estos actos administrativos singulares no modifican el ordenamiento jurídico, no afectan a la ley en su conjunto, sino que establecen situaciones jurídicas legítimas, de carácter subjetivo, sin que cambie el ordenamiento; es decir, sin que queden afectados los demás casos no comprendidos en el acto administrativo singular: «el acto administrativo —señala el parágrafo 2 del c. 36— no debe extenderse a otros casos fuera de los expresados». Como es bien conocido, los actos de la autoridad en el ejercicio de la función ejecutiva que tienen reconocida por la ley la posibilidad de ser contrarios a una ley en un caso determinado son especialmente el privilegio⁴ y la dispensa⁵, que, como señala el c. 59, suelen ser concedidos mediante un rescripto⁶.

En suma, la consecuencia más evidente de que el acto administrativo singular procede siempre de una autoridad en el ejercicio de su *función ejecutiva* es, cabalmente, «su sumisión al principio de

en nada las exigencias establecidas por el Derecho para sus actos administrativos singulares (salvo expresa previsión de la ley: cfr p. ej., c. 90 § 1)» (J. MIRAS, *Comentario al c. 38*, en AA.VV., *Comentario exegético al Código de Derecho canónico* [a cargo del Instituto Martín de Azpilcueta. Facultad de Derecho Canónico. Universidad de Navarra; coordinado y dirigido por A. MARZOA, J. MIRAS y R. RODRÍGUEZ-OCAÑA], I, 2ª ed., Pamplona, 1997, p. 518).

2. Cfr., en general, c. 124 § 1 y c. 86.

3. Cfr. c. 35.

4. Cfr. cc. 76 ss.

5. Cfr. cc. 85 ss.

6. Cfr. para lo aquí señalado J. MIRAS, *Comentario al c. 38*, en AA.VV., *Comentario exegético... cit.*, vol. I, pp. 515 s., que se ha seguido en lo fundamental.

legalidad, que *se da también en todo caso*. Eso no significa que no puedan darse actos administrativos *contra legem* (cfr., p. ej., cc. 36 § 1, 38, 85-93), o *praeter legem* (cfr., p. ej., cc. 49, 76-84): pueden darse en los casos y con los requisitos que la ley establece, y por eso cumplen también el principio de legalidad, que no ha de ser entendido como si asignara a los actos administrativos una mera función reductiva o determinativa de las disposiciones ya contenidas en las normas generales. La función propia de la potestad ejecutiva es mucho más amplia, y lo es precisamente porque su legalidad así la configura»⁷.

Aparte los actos administrativos singulares, el principio de legalidad ha de estar particularmente presente en los actos administrativos norma o disposiciones generales de la administración eclesiástica; es decir, en los decretos generales ejecutorios y en las instrucciones, que —como subrayan los cc. 33 § 1 y 34 § 2— carecen de valor alguno si son incompatibles o contrarios a las leyes, aunque se publiquen en directorios o documentos de otro nombre.

Son bien conocidas las dificultades —puestas de relieve por la doctrina, junto con sugerencias de verdadero interés— que en este ámbito se producen, especialmente en relación con la capacidad normativa de los dicasterios de la Curia romana⁸. Pero, dejando aparte en esta ocasión un examen pormenorizado de la materia, bastará recordar aquí que, además de los textos codiciales, los artículos 18 (al menos *a contrario sensu*) y 156 de la Const. Ap. *Pastor Bonus*, de 28 de junio de 1988⁹, y el artículo 110 § 4 del Reglamento gene-

7. ID., *Comentario a la rúbrica del título IV del Libro I*, en AA.VV., *Comentario exegético...* cit., vol. I, p. 501.

8. Vid., por ejemplo, A. VIANA, *El Reglamento general de la Curia romana (4.II.1992). Aspectos generales y regulación de las aprobaciones pontificias en forma específica*, en «Ius Canonicum», 64 (1992), pp. 465-529 (con numerosas referencias bibliográficas sobre la materia); V. GÓMEZ-IGLESIAS, *La «aprobación específica» en la «Pastor Bonus» y la seguridad jurídica*, en «Fidelium Iura», 3 (1993), pp. 361 ss.; P. LOMBARDÍA, *Comentario al Tít. III del Lib. I*, en *Código de Derecho canónico*, edición bilingüe y anotada, a cargo del Instituto Martín de Azpilcueta, 5ª ed., Pamplona, 1992, pp. 85 ss.; M. J. CIÁURRIZ, *Las disposiciones generales de la Administración eclesiástica*, en AA.VV., *Le nouveau Code de Droit canonique*, I, Ottawa, 1986, pp. 213 ss.; ID., *Comentario al título III del libro I*, en AA.VV., *Comentario exegético...* cit., vol. I, pp. 471 ss. (con las oportunas referencias bibliográficas).

9. AAS 80 (1988), pp. 841-912.

ral de la Curia romana¹⁰ ponen de relieve la naturaleza administrativa de los decretos generales ejecutorios y de las instrucciones y, por consiguiente, su sometimiento al principio de legalidad¹¹. Esta última norma citada, pese a ser una norma de carácter simplemente reglamentario, reviste singular interés, porque, al exigir la constancia explícita de la aprobación específica del Sumo Pontífice con la cláusula *in forma specifica approbavit*, «potencia y promueve la responsabilidad de los dicasterios en el ejercicio de la potestad que el derecho les atribuye, al tiempo que garantiza la intervención formal y personal del Romano Pontífice cuando así lo requiera el gobierno de la Iglesia universal»¹².

10. AAS 84 (1992), pp. 201-267.

11. En efecto, el segundo párrafo del a. 18 de la *Pastor Bonus* señala que «los Dicasterios no pueden dictar leyes o decretos generales con fuerza de ley ni derogar las prescripciones del derecho universal vigente, a no ser en casos singulares y con aprobación específica del Sumo Pontífice». Por su parte, el a. 156 dispone que el Consejo Pontificio para la interpretación de los textos legislativos «está a disposición de los demás Dicasterios Romanos para auxiliarles a fin de que los decretos generales ejecutorios y las instrucciones que hayan de elaborar sean conformes a las prescripciones del derecho vigente y se redacten en forma jurídica correcta». A su vez, el a. 110 § 4 del Reglamento prescribe: «para que conste la aprobación en forma específica se deberá decir explícitamente que el Sumo Pontífice *in forma specifica approbavit*».

Parece de interés recordar aquí, por resultar ilustrativos para la materia que nos ocupa, otros dos artículos relativos a las competencias del Consejo Pontificio para la interpretación de los textos legislativos: el a. 157 y el a. 158 de la Const. *Pastor Bonus*. El a. 157 establece: «Además han de ser sometidos al Consejo por el Dicasterio competente para la revisión los decretos generales de los organismos episcopales, con el fin de que sean examinados en su aspecto jurídico». Y el a. 158 señala: «A petición de los interesados, [el Consejo] determina si las leyes particulares y los decretos generales dados por los legisladores inferiores a la autoridad suprema son conformes o no con las leyes universales de la Iglesia».

12. A. VIANA, *El Reglamento general...* cit., p. 529. El mismo autor subraya que «el art. 110 § 4 del Reglamento es importante y tiene interés, no sólo porque responde a la vieja y sentida aspiración de la doctrina canónica a una mayor claridad y rigor en las normas y en la praxis de las aprobaciones pontificias (praxis no siempre expresiva de un buen gobierno central, y que llevó incluso a un ilustre canonista a rechazar *de lege ferenda* el instrumento de las aprobaciones pontificias de actos normativos de la curia); no sólo, decíamos, consiste en eso el interés del art. 110 § 4 del Reglamento, sino también en que establece una presunción de que las aprobaciones pontificias de actos de la curia han de considerarse en forma común, y por consiguiente los dicasterios asumen la autoría y consecuencias canónicas de los actos que publican, salvo que conste expresamente la aprobación papal según la cláusula referida» (*ibid.*, p. 529). El «ilustre canonista» a que se refiere el autor es P. LOMBARDÍA que, en un comentario a la regulación codicial sobre las decretos generales y las instrucciones, escribía: «Es necesario, sin embargo, advertir que la eficacia de estos cc. [29-34] perdería en la práctica buena parte de su valor, si las autoridades dotadas de potestad legislativa refrendaran con su firma las disposiciones generales de los órganos administrativos» (*Comentario a la rúbrica del Tít. III del Lib. I, en Código de Derecho canónico...* cit., p. 85).

2. La legalidad en materia penal

Una vez examinado el principio de legalidad en materia administrativa, veamos brevemente la legalidad en materia penal.

El c. 221 § 3 señala que «los fieles tienen el derecho a no ser sancionados con penas canónicas, si no es conforme a la norma legal».

Hervada ha subrayado que el Código de 1983 ha utilizado, en este ámbito, la misma técnica que las declaraciones y pactos sobre derechos humanos cuando enuncian como un derecho aquello que en realidad es un principio de ordenación social y jurídica. Aquí se recoge en forma de derecho del fiel el principio de legalidad en materia penal (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), que, por lo demás, no es de derecho divino-natural, sino de derecho humano¹³.

13. Cfr. J. HERVADA, *Comentario al c. 221*, en *Código de Derecho canónico...* ed. cit., p. 179.

Por su parte, Marzoa, al explicar la necesidad del *elemento legal* en la noción de delito, ha subrayado que no consiste simplemente en una especie de «autolimitación» de la potestad coactiva, sino que radica en «una instancia que se interpone con fuerza propia entre la autoridad y el ejercicio de la *potestas coactiva*, una instancia que *impon*e al legislador proceder a la tipificación de determinadas conductas antieclesiales, excluyendo otras. Esa instancia es *la dignidad de la persona*, valor esencial y firmemente operativo en el ordenamiento canónico: valor al que «repugna» un ejercicio discrecional —con posibilidades de arbitrariedad— de la *potestas puniendi* en la medida en que materialmente supone desprotección jurídica e indefensión, a la vez que riesgo en el ejercicio de esa potestad; todo ello máximamente agravado por el hecho de que las penas canónicas inciden en bienes fundamentales del fiel, necesarios para su realización como cristiano. Cuando el c. 221 § 3 afirma que «los fieles tienen derecho a no ser castigados con penas canónicas si no es conforme a la norma legal» está precisamente reconociendo el valor *constitucional* —téngase en cuenta el lugar que ocupa el canon citado— del elemento legal, que no se explica si no es por el valor de rango constitucional que exige esa conformidad con la norma penal. La operatividad de ese *derecho* de los fieles no puede ser, obviamente, reconducida a una opción autolimitativa de la autoridad; es un valor que necesariamente se *impon*e como presupuesto al ejercicio de la *potestas puniendi*.

»Como puede verse, hemos llegado a la justificación del elemento legal —necesario para entender el concepto de delito— no sólo sin salirnos del mundo típicamente canónico, sino penetrando en su entraña más profunda. Que posteriormente, y en un momento dado de desarrollo de la ciencia jurídica en general, esa exigencia se formalice en el llamado principio de legalidad, y su reflejo en el ámbito penal sea la necesidad de previa tipificación, no es más que una cuestión de recursos técnicos que para nada desnaturaliza lo verdaderamente canónico del Derecho penal de la Iglesia. Las técnicas no naturalizan o desnaturalizan, simplemente son útiles o inútiles, sirven o no sirven para un fin determinado» (A. MARZOA, *Introducción a la Parte I. De los delitos y penas en general*, en AA.VV., *Comentario exegético...* cit., vol. IV/1, pp. 238-239).

Obviamente, el derecho divino-natural exige que el ordenamiento jurídico reaccione siempre, con justicia y proporcionalidad adecuadas, para restablecer el orden social desequilibrado por conductas punibles; y tal reacción corresponde, a la hora de imponer sanciones, a la autoridad. Pero esto no quiere decir que exista una estricta obligación, de derecho divino-natural, de realizar una formalización exhaustiva en el derecho positivo de los supuestos penales y de las correspondientes penas, como exige el principio de legalidad penal, vigente en los ordenamientos estatales y, en menor medida —en especial, por virtud del c. 1399¹⁴—, en el ordenamiento canónico.

El Código de 1983, en efecto, deja un margen de discrecionalidad en la utilización de la potestad coercitiva por la autoridad eclesiástica (en concreto, el Ordinario), que, además —a tenor del c. 1341—, antes de promover el procedimiento judicial o administrativo para imponer o declarar penas, ha de comprobar que la corrección fraterna, la reprensión u otros medios de la solicitud pastoral no bastan para reparar el escándalo, restablecer la justicia y conseguir la enmienda del reo¹⁵.

14. «En el contexto del CIC —se ha escrito a este respecto—, la fórmula empleada por el c. 221 § 3 supone una solución de compromiso entre la tesis de aquellos que recomendaban la plena integración del principio de legalidad en materia penal en el Derecho canónico, y la de aquellos que lo consideraban incompatible con el Derecho de la Iglesia, o al menos inoportuno. Ya que en ella se ha tratado de no dejar excesivos espacios a la discrecionalidad del Superior eclesiástico, que sólo puede infligir sanciones a los fieles con arreglo a la norma legal, pero sin que ello suponga prever todos los comportamientos delictivos y sus correspondientes penas.

»En efecto, teniendo en cuenta que la salvación de las almas —ley suprema de la Iglesia (c. 1752)— puede reclamar en ocasiones el castigo de comportamientos gravemente lesivos del orden eclesial, aunque no hayan sido tipificados como delitos por el CIC (cc. 1364-1398), otras leyes (cc. 1315-1318) o preceptos (c. 1319), el c. 1399, en continuidad con lo establecido en el c. 222 § 2 del CIC 17, ha introducido una excepción al principio de legalidad en materia penal. Pues en virtud de dicho canon, aparte de los casos establecidos en el CIC u otras leyes, pueden ser castigadas también otras infracciones externas de una ley divina o canónica “cuando así lo requiere la especial gravedad de la infracción y urge la necesidad de prevenir o de reparar el escándalo”; y siempre, por supuesto, que esas infracciones sean gravemente imputables por dolo o culpa (c. 1321 § 1)» (D. CENALMOR, *Comentario al c. 221*, en AA.VV., *Comentario exegético...* cit., vol. II/1, pp. 149-150). Cfr. también G. FELICIANI, *Il popolo di Dio*, Bologna, 1991, p. 51; J. SANCHIS, *Comentario al c. 1399*, en AA.VV., *Comentario exegético...* cit., vol. IV/1, pp. 595-598.

15. Cfr. D. CENALMOR, *Comentario al c. 221*, cit., p. 150.

Por lo demás, en el vigente sistema penal canónico no existe, de hecho, la «reserva de ley», puesto que, de una parte, no hay una clara distinción entre el ámbito penal y el ámbito disciplinario¹⁶, y por consiguiente, entre la sanción penal y la sanción disciplinaria; y, de otra, la Administración eclesiástica puede establecer en sus disposiciones generales —los decretos generales ejecutorios y las instrucciones (cc. 31-34)— sanciones de carácter disciplinario, como, en efecto, sucede actualmente¹⁷. «Quizá hubiera sido más conveniente —se ha escrito a este respecto— reservar al legislador la constitución de las penas, dejando a la autoridad ejecutiva la más concreta determinación, mediante el precepto, del delito y/o de la pena establecidos por la ley»¹⁸.

16. En lo que conozco, el esfuerzo doctrinal de mayor entidad para llegar a una adecuada distinción de estos ámbitos ha sido el realizado por F. PÉREZ-MADRID en su monografía *Derecho administrativo sancionador en el ordenamiento canónico. Una propuesta para su construcción*, Pamplona, 1994.

Entre otras cosas, la autora subraya que «no puede afirmarse la existencia en el Derecho penal canónico de una reserva de ley en sentido estricto, por la presencia del precepto como posible fuente en materia penal. Sin embargo, estimamos que, limitadamente, sí se prevén tales reservas en cuestiones concretas. Estas reservas son las siguientes: respecto al establecimiento de eximentes, atenuantes o agravantes, de modo general, sólo puede hacerse por una ley particular. Sólo pueden establecerse otras penas expiatorias por ley y nunca por precepto (c. 1136).

»Esa falta de vigencia estricta de la reserva de ley en materia penal hace que no podamos diferenciar *a priori*, en este plano de las fuentes, cuándo estamos ante una norma sancionadora penal, y cuándo ante una norma sancionadora administrativa. No hay correlación necesaria, en el Derecho vigente, entre la naturaleza de la disposición empleada y la sanción impuesta. Por tanto, la naturaleza jurídica de los cauces por los que se materializan las disposiciones administrativas es diferenciable, pero no es punto de partida suficiente para distinguir el Derecho penal del administrativo sancionador» (*ibid.*, p. 259).

En cambio, donde con más claridad observa la posibilidad de construcción de un Derecho administrativo sancionador es, precisamente, en el plano de las sanciones. La autora sostiene que existe un verdadero *corpus* de sanciones administrativas, conclusión a la que llega después de un exhaustivo estudio de aquellos cánones del Código en los que se recogen medidas restrictivas de derechos, para determinar posteriormente si se ajustan o no a la noción canónica de pena. Y en esta línea encuentra ejemplos gráficos en el c. 696 (expulsión del miembro de un instituto religioso); en el c. 326 (supresión de la asociación privada de fieles); en las previsiones específicas respecto de los abogados y procuradores (cc. 1487-1489); y, en fin, en otros preceptos legales (vid., en general, *ibid.*, pp. 182-196).

17. Vid., por ejemplo, los aa. 65-81 del Reglamento general de la Curia romana (4.II.1992) (AAS 84, 1992, pp. 201-267).

18. J. SANCHIS, *Introducción al Título II de la Parte I del Libro VI: De la ley penal y del precepto penal*, en AA.VV., *Comentario exegético...* cit., vol. IV/1, p. 261. Cfr., en general, lo escrito por este autor en el loc. cit.; también ID., *La legge penale e il precetto penale*, Milano, 1993.

En cuanto a la aplicación de las penas, la doctrina no ha dejado de ofrecer sus apuntes críticos a la amplia discrecionalidad otorgada a la autoridad eclesiástica (el ordinario y, en general, el superior) y al juez¹⁹, puesto que «se hipoteca el principio de la certeza del derecho, único medio posible para tutelar adecuadamente a la persona y sus derechos. Ciertamente se puede estar de acuerdo con que la Iglesia tiene exigencias diversas que las de la sociedad civil, y que el recurso a las penas (...) debe considerarse un hecho casi excepcional; sin embargo, si queremos ofrecer verdaderas garantías tanto a la comunidad como a los miembros que la componen no podemos reducir el orden penal a un hecho discrecional»²⁰. Con todo, hay que reconocer que, hoy por hoy, así está formalizado el sistema penal canónico, en el que aparece con claridad la nota de la *flexibilidad* —en merma de la *legalidad*— basada, en el fondo, en una continua apelación a la conciencia de la autoridad y de los fieles en general²¹. Cuestión que podemos ver ahora con referencia a la materia procesal.

3. *La legalidad en materia procesal*

En este ámbito rige claramente el *principio de legalidad procesal*, esto es, la sumisión del juez eclesiástico a la ley, tanto para resolver la cuestión de fondo, como para seguir escrupulosamente las normas de procedimiento, que constituyen una garantía para «dar el derecho» (*da mihi factum, dabo tibi ius*); en otras palabras, para llegar a la justicia del caso concreto.

19. Vid. cc. 1341-1353, y, en especial, cc. 1341 y 1342 § 3. Puede verse, por ejemplo, V. DE PAOLIS, *Comentario al c. 1342*, en AA.VV., *Comentario exegético...* cit., vol. IV/1, pp. 399-402, en especial, pp. 401-402 respecto de la interpretación acerca de qué ha de entenderse por superior que puede imponer o declarar una pena.

20. Cfr. F. NIGRO, en P.V. PINTO (Ed.), *Commento al Codice di Diritto Canonico*, Roma, 1985, p. 786.

21. «En efecto —se ha subrayado a este respecto—, la duda sobre si el sistema penal canónico, fundado precisamente en una discrecionalidad tan amplia, era capaz de tutelar la disciplina eclesiástica, ya había suscitado no pocas perplejidades durante el *iter* de revisión. Con todo, esas dudas adquieren sus proporciones reales si se considera que el sistema canónico constituye una apelación continua a la conciencia de los superiores y de los súbditos. Por esta razón no parece que deban temerse abusos graves y muy extendidos» (V. DE PAOLIS, *Comentario al Tít. V de la Parte I del Libro VI. De la aplicación de las penas*, en AA.VV., *Comentario exegético...* cit., vol. IV/1, p. 394).

De ahí que este principio de legalidad procesal sea, por supuesto, compatible con la equidad canónica. Basta recordar, en esta línea, el juego entre los cc. 1501 y 1452. El primero se pronuncia, como es bien conocido de todos, por el radical principio de iniciativa de parte —*nemo iudex sine actore*—; sin embargo, el segundo, al tener en cuenta el bien público de la Iglesia, o la salvación de las almas, o, en su caso, la posible negligencia de las partes, otorga claros poderes de iniciativa y suplencia procesales al juez. Y es que, en definitiva, la compatibilidad entre la equidad canónica y la legalidad procesal emerge —no podía ser de otro modo— de la propia regulación codicial en no pocas ocasiones y a través de variados ejemplos concretos²².

III. FLEXIBILIDAD

Pero acabamos de hacer referencia a la «salvación de las almas». Y esto nos da pie para transitar al segundo término de nuestra exposición: *la flexibilidad en el ejercicio de la potestad eclesiástica*.

Y es que la *salus animarum* como ley suprema en la Iglesia —significativamente recogida como cierre del Código vigente— ha

22. Cfr. en general, para estos puntos, C. DE DIEGO-LORA, *Introducción al «Libro VII. De los procesos»*, en AA.VV., *Comentario exegético...* cit., vol. IV/1, pp. 600-612, en especial, pp. 603-604.

El autor recoge gráficos ejemplos de la compatibilidad entre la legalidad procesal y la equidad canónica extraídos de la propia regulación del Código de 1983. «La interpretación equitativa de la ley procesal canónica —escribe— se advierte asumida por el legislador en diversas ocasiones, por ejemplo, cuando el c. 1670 autoriza al juez, para el proceso contencioso oral, a no servirse de las normas procesales propias del juicio contencioso ordinario cuyo cumplimiento no se requiera para la validez, a fin de lograr mayor rapidez, si bien tal medida haya de adoptarse mediante decreto motivado del tribunal y sin que pueda redundar en detrimento de la justicia; o cuando prevé que en las causas de nulidad sobre impotencia o falta de consentimiento, puede prescindir el juez de la prueba pericial cuando evidentemente resulta inútil, según lo autoriza el c. 1680; o cuando en el procedimiento para la dispensa del matrimonio rato y no consumado se permite por el c. 1703 § 1, contra la prohibición general de la publicación de las actas, que sean publicadas si el juez considera que de las pruebas presentadas puede surgir un obstáculo grave para la petición del actor o para la excepción de la parte demandada, haciéndoselo saber prudentemente a la parte interesada; etc.» (*ibid.*, p. 604). «El principio de legalidad procesal —añade el autor— es, pues, compatible con la equidad canónica, de la que hay ejemplos relevantes en la propia ley canónica» (*ibid.*).

sido invocada tradicionalmente como fundamento de la flexibilidad o elasticidad del ordenamiento canónico.

En este sentido, se ha subrayado con frecuencia que no basta con que el conjunto de las normas canónicas sea justo y favorecedor del bien espiritual de las personas consideradas en su generalidad, sino que es preciso tener en cuenta a los sujetos uno a uno; de modo que lo que es justo en la mayoría de los casos puede no serlo en un supuesto concreto, que ha de tomarse aparte, como una excepción a la regla general. En definitiva: la *salus animarum* consiste en la salvación de *cada una de las almas* y la justicia no es algo abstracto y genérico, sino la *justicia del caso concreto*.

Pues bien, como ya se apuntó más arriba, en esta línea han sido considerados tradicionalmente instrumentos flexibilizadores del ordenamiento canónico la dispensa y el privilegio²³.

1. *La dispensa*

a) *Nociones generales*

Como se ha vuelto a recordar en un excelente estudio sobre la dispensa, es opinión unánime de los autores que se han ocupado del tema que fue Rufino el autor de la primera definición técnica de la dispensa, hasta el punto de que ha llegado a ser la clave de referencia de la noción canónica de esta figura jurídica²⁴.

He aquí la conocida definición: «Est itaque dispensatio iusta causa faciente ab eo, cuius interest, canonici rigoris casualis facta derogatio»²⁵.

23. Cfr. para los puntos aquí sugeridos P. LOMBARDÍA, *Lecciones de Derecho canónico*, Madrid, 1984, pp. 156 s. y 166-168.

24. Cfr. E. BAURA, *La dispensa canonica dalla legge*, Milano, 1997, pp. 25 ss., que aquí se sigue en lo fundamental. Vid., por ejemplo, J. BRYN, *De dispensatione in iure canonico praesertim apud decretistas et decretalistas usque ad medium saeculum decimum quartum*, Brugis-Wetteren, 1925, p. 95; E. CORTESE, *La norma giuridica*, I, Milano, 1962, p. 103 (sobre la proximidad y cierta indistinción con la figura del privilegio); etc.

25. RUFINO, *Summa decretorum*, ed. H. SINGER (Paderborn, 1902=Aalen, 1963), ad C. 1, q. 7, d. a. c. 6, p. 234.

Tres son los elementos esenciales contenidos en esta definición: la derogación del rigor de la ley; la necesidad de justa causa; y, en fin, el caso singular. Los tres elementos sitúan esta institución en un horizonte estrictamente jurídico; y, de entre ellos, el tercero señala la característica esencial de esta figura: la necesaria atención al caso concreto²⁶.

Por su parte la Glosa ordinaria al Decreto da una definición, que después será repetida frecuentemente por la doctrina: «*dispensatio est iuris communis relaxatio facta cum causae cognitione ab eo, qui ius habet dispensandi*»²⁷.

De esta definición se deducen los siguientes rasgos esenciales de la dispensa: a) en primer lugar, se advierte que estamos ante el acto de una autoridad que, por otra parte, no es necesario que sea el legislador²⁸; b) en segundo término, la exigencia de la *cognitio causae* indica que se trata siempre de atender a un caso singular²⁹; c) por último, el elemento típico de la *iuris communis relaxatio* muestra que, mediante la dispensa, se introduce un derecho especial, diverso de la norma común, pero —y esto es importante para su distinción del privilegio, cuestión a la que se hará referencia en su momento— con un contenido negativo; esto es, la dispensa no produce un precepto positivo, sino que simplemente mitiga el derecho común³⁰.

26. Cfr. E. BAURA, *La dispensa...* cit., pp. 26 s. El autor recoge oportunamente lo subrayado en este punto por Berlingò, cuando escribe que el mérito de Rufino no ha sido tanto el de proporcionar la primera definición de dispensa en sentido moderno cuanto el haber señalado en esta definición «la característica essenziale di ogni fenomeno dispensativo, che è quella di venir incontro alla peculiarità del caso concreto (*casualiter*)» (S. BERLINGÒ, *La causa pastorale della dispensa*, Milano, 1978, p. 113). Vid. también, en relación con esta definición de Rufino, J. LEDERER, *Der Dispensbegriff des kanonischen Rechtes unter besonderer Berücksichtigung der Rechtssprache des CIC*, München, 1957, pp. 28 s.

27. C. 1, q. 7, c. 5, gl. v. *plerisque* (Glosa ed. Lugduni, 1618).

28. «De dispensatione Episcoporum dico, quod ubicumque non est prohibita, ibi possunt dispensare. In quibusdam tamen casibus inveno eis permissam dispensationem, in quibusdam prohibitam» (*ibid.*).

29. Sobre el debate doctrinal posterior acerca de la *cognitio causae*, vid. E. BAURA, *La dispensa...* cit., pp. 40 ss.

30. Cfr. *ibid.*, pp. 30 ss. Respecto de otros rasgos configuradores de la dispensa en la Glosa —su dependencia de la necesidad o de la utilidad (*ex magna causa*); la ausencia de un *ius* estricto a la dispensa, aunque ésta puede ser debida por razón de misericordia; etc.—, vid. *ibid.*, pp. 31 ss.

b) *Potestad eclesiástica y dispensa*

Prescindiendo aquí de una exposición pormenorizada de la evolución histórico-doctrinal posterior —muy bien realizada por Baura³¹—, considero necesario centrar la atención en un punto clave, que, además, es el que nos ocupa y da título general a este Simposio. Me refiero a *la dimensión de servicio en el gobierno de la Iglesia* como nota o componente fundamental que debe caracterizar el ejercicio de la *potestad eclesiástica* según ha vuelto a poner significativamente de relieve el magisterio del Concilio Vaticano II³².

Este principio capital llevaría, entre otras cosas, a la asunción, durante los trabajos de revisión codicial, del mecanismo técnico de la distinción de funciones en el gobierno, con la finalidad de tutelar mejor los derechos de los fieles, a través de la sumisión de la autoridad administrativa al principio de legalidad.

Recuérdense, a este respecto, los conocidos principios directivos sexto y séptimo, aprobados por la Asamblea general del Sínodo de Obispos de 7 de octubre de 1967, que aquí cito según la versión castellana del *Prefacio* del Código de 1983: «En razón de la igualdad fundamental de todos los fieles, y de la diversidad de funciones y cargos que radica en el mismo orden jerárquico de la Iglesia —dice el principio 6^o—, conviene que se definan adecuadamente y se protejan los derechos de las personas. Esto hará que los actos de potestad aparezcan más claramente como un servicio, se dé una base más sólida al empleo del poder, y se eliminen los abusos». «Para que todo esto se concrete en la práctica —subraya, por su parte, el principio 7^o— es necesario que se ponga especial cuidado en disponer un procedimiento destinado a tutelar los derechos subjetivos; por tanto, al renovar el derecho, atiéndase a lo que hasta ahora se echaba de menos en este sentido, a saber, los recursos administrativos y la administración de justicia. Para conseguirlo es necesario que se delimiten claramente las distintas funciones de la potestad eclesiástica,

31. Vid. *ibid.*, pp. 36-107 con las abundantes y adecuadas referencias a las fuentes y a la bibliografía doctrinal sobre la materia.

32. Puede verse, a este respecto, V. GÓMEZ-IGLESIAS, *Acerca de la autoridad como servicio en la Iglesia*, en AA.VV., *Ius in vita et in missione Ecclesiae*, Città del Vaticano, 1994, pp. 192-217.

o sea, la legislativa, la administrativa y la judicial, y que se determine bien qué funciones debe ejercer cada órgano»³³.

Este planteamiento, junto a la profundización en cuanto a la posición del Obispo como cabeza de la iglesia particular³⁴, lleva a un enfoque relativo a la dispensa abiertamente innovador respecto de la regulación del Código de 1917.

En efecto, según el c. 81 del Código pío-benedictino, «los Ordinarios inferiores al Romano Pontífice no pueden dispensar de las leyes generales de la Iglesia, ni siquiera en algún caso particular, a no ser que esta potestad les hubiera sido concedida explícita o implícitamente, o que sea difícil el recurso a la Santa Sede y al mismo tiempo haya peligro de grave daño en la demora, y se trate además de dispensa que la Sede Apostólica suele conceder».

En cambio, el n. 8.b) del Decr. *Christus Dominus* establece que «cada uno de los Obispos diocesanos tiene facultad para dispensar, en caso particular, de las leyes generales de la Iglesia a los fieles sobre los que ejercen autoridad según derecho, cuantas veces juzguen que es conveniente para su bien espiritual, salvo que la suprema autoridad de la Iglesia haya realizado una reserva especial».

La disposición del Vaticano II —que supone un sistema inverso al del Código de 1917— es la acogida sustancialmente por el legislador de 1983 en el c. 87 § 1³⁵.

33. *Código de Derecho canónico*, ed. cit., p. 55. Cfr. también *Communicationes*, 1 (1969), pp. 77-85.

34. «Los Obispos rigen, como vicarios y legados de Cristo, las Iglesias particulares que les han sido encomendadas (...). Esta potestad que personalmente ejercen en nombre de Cristo es propia, ordinaria e inmediata, aunque su ejercicio esté regulado en definitiva por la suprema autoridad de la Iglesia y pueda ser circunscrita dentro de ciertos límites con miras a la utilidad de la Iglesia o de los fieles. En virtud de esta potestad, los Obispos tienen el sagrado derecho, y ante Dios el deber, de legislar sobre sus súbditos, de juzgarlos y de regular todo cuanto pertenece a la organización del culto y del apostolado.

»A ellos se les confía plenamente el oficio pastoral, o sea el cuidado habitual y cotidiano de sus ovejas, y no deben considerarse como vicarios de los Romanos Pontífices, ya que ejercen potestad propia y son, en verdad, los jefes de los pueblos que gobiernan» (Const. dogm. *Lumen gentium*, n. 27).

35. «El Obispo diocesano, siempre que, a su juicio, ello redunde en bien espiritual de los fieles, puede dispensar a éstos de las leyes disciplinares, tanto universales como particulares promulgadas para su territorio o para sus súbditos por la autoridad suprema de la Igle-

La dispensa —más bien, la facultad de dispensar— ha quedado incluida dentro de la función administrativa, o, al menos, así se ha pretendido configurar a través de la reforma del Código de 1917. Lo cual supone, en el fondo, una consideración más *racional* y menos *voluntarista* de la ley: no hace falta que ésta sea dispensada por el *mismo autor* de la ley, porque ser *auctor legis* no es ser *dominus legis*. «El reconocimiento de la facultad (ordinaria) de los obispos de dispensar de las leyes pontificias —se ha escrito a este respecto— ha favorecido que el acto de la dispensa pudiese ser tipificado como acto administrativo, puesto que han dejado de estar identificados entre sí el autor de la ley y el de la dispensa»³⁶.

c) Configuración jurídica

Es claro que la dispensa es uno de los instrumentos flexibilizadores de más relieve con los que cuenta el Derecho canónico. Pero debe tenerse presente que se refiere siempre a un caso excepcional: estamos ante supuestos de *excepción a la ley*, que no quiebran el principio de igualdad, porque, cabalmente, son *excepciones* que redundan en el bien común eclesial, a través del bien particular o singular de cada uno³⁷. Estamos, una vez más, ante la necesidad de «tratar desigualmente a los desiguales», dando a cada uno «lo suyo», no a todos

sia; pero no de las leyes procesales o penales, ni de aquellas cuya dispensa se reserva especialmente a la Sede Apostólica o a otra autoridad» (c. 87 § 1).

Ya antes de las disposiciones del Vaticano II, Pablo VI había promulgado el 30 de noviembre de 1963, el M.P. *Pastorale munus* (AAS, 56, 1964, pp. 5-12), por el que se concedía a los Obispos ciertas facultades y privilegios; y, después de la Const. *Lumen gentium* y del Decr. *Christus Dominus*, del Concilio Vaticano II, el 15 de junio de 1966 promulgaba el M.P. *De episcoporum muneribus* (AAS, 58, 1966, pp. 467-472), sobre la facultad de los obispos para dispensar de las leyes generales de la Iglesia.

En relación con la dispensa de los impedimentos matrimoniales, se ha aludido al planteamiento general relativo a las dispensas en J. FORNÉS, *Derecho matrimonial canónico*, 3ª edición, Madrid, 1997, pp. 55-57, que, en parte, se recoge aquí.

36. Cfr. E. BAURA, *La dispensa...* cit., p. 116; cfr. también para lo dicho anteriormente *ibid.* pp. 107-115.

37. Sobre la igualdad de los fieles y las diversas condiciones jurídicas, me permito remitir al lector interesado a J. FORNÉS, *El principio de igualdad en el ordenamiento canónico*, en «Fidelium lura», 2 (1992), pp. 113-144; ID., «*Secundum propriam condicionem*». *La noción de fiel como eje del Libro II del Código de 1983*, *ibid.*, 6 (1996), pp. 159-179, con las referencias bibliográficas allí contenidas.

«lo mismo»; viviendo, en una palabra, la vertiente distributiva o proporcional de la justicia.

De ahí que la dispensa sea siempre «la relajación de una ley meramente eclesiástica en un caso particular» (c. 85).

Obsérvese que el Código precisa que se trata de ley «meramente eclesiástica». Y es que, en efecto, la denominada, en ocasiones, «dispensa del derecho divino» —pese a las dudas doctrinales que, a veces, han aparecido sobre este punto³⁸— no es verdaderamente tal. Sencillamente —aunque, aquí y ahora, pueda parecer que se incurre en una cierta simplificación—, porque o no se trata de «dispensa», o no se trata de «derecho divino», sino de formalizaciones humanas del derecho divino³⁹.

He hecho alguna referencia a este asunto al tratar, en otra ocasión, de unos supuestos que podrían ser paradigmáticos en esta línea: los supuestos de disolución del matrimonio previstos en el ordenamiento canónico⁴⁰. En efecto, dejando aparte la disolución del matrimonio por muerte (c. 1141), en los supuestos de disolución del matrimonio no sacramental o de matrimonio rato y no consumado no

38. Vid. la síntesis sobre la materia ofrecida por E. BAURA, *La dispensa...* cit., pp. 139-167, con abundantes referencias a las fuentes y a la bibliografía oportuna. El autor pone de relieve que estas dudas doctrinales sobre la hipotética dispensabilidad del derecho divino se deben a un triple orden de motivos: «a veces se habla de dispensa para referirse a fenómenos que en realidad no son dispensas en sentido estricto [aquí hace referencia a la denominada “dispensa” de los votos, del matrimonio rato y no consumado, e, incluso, a los comportamientos relativos a la disimulación y a la tolerancia]; se trata de buscar una explicación a dispensas de preceptos, que parecen de derecho divino, pero que en rigor no son sino formalizaciones humanas de preceptos divinos; se parte de una concepción errónea del derecho divino, concibiéndolo a modo de ley humana, como si hubiese normas abstractas de origen divino, cuando, en realidad, el derecho divino está inserto en la naturaleza de las cosas, de tal modo que no es posible aplicar la lógica del mecanismo dispensatorio porque no hay ninguna regla general y abstracta a la cual realizar una derogación en un caso singular» (cfr. *ibid.*, pp. 156-157).

39. Me permito remitir para esta cuestión a J. FORNÉS, *Derecho divino y derecho humano en el ordenamiento canónico*, en «Studi in memoria di Mario Condorelli», vol. I, Milano, 1988, pp. 655-701; ID., *Naturaleza sinodal de los Concilios particulares y de las Conferencias episcopales*, en «L'Année canonique. Hors série. Volume I», 1992, pp. 305-348, especialmente pp. 328-331. Vid., en fin, G. LO CASTRO, *Il mistero del diritto divino*, en «Ius Ecclesiae», 8 (1996), pp. 427-463 (también recogido en ID., *Il mistero del diritto. I. Del Diritto e della sua conoscenza*, Torino, 1997, pp. 19-62).

40. Vid., en efecto, J. FORNÉS, *La regulación canónica de la disolución del matrimonio en el Código de 1983*, en «Ius Canonicum», 66 (1993), pp. 607-637; ID., *Derecho matrimonial canónico*, 3ª ed., Madrid, 1997, pp. 194-204.

estamos ante dispensas del principio o de la ley de la indisolubilidad, sino de actos que hacen que desaparezca el vínculo conyugal, de modo que —desaparecido o disuelto el vínculo— no se precisa una «dispensa de una ley de la indisolubilidad en un caso particular», porque no hay ya «caso particular», no hay «materia» a la que aplicar una ley⁴¹.

En conexión con la consideración técnica de la dispensa —la *legis mere ecclesiasticae in casu particulari relaxatio*, del c. 85—, quizá convenga recordar aquí algunas posiciones doctrinales anteriores que han tratado de aproximar la noción de esta figura canónica hacia un planteamiento general de la así denominada *economía* (término que, por lo demás, en latín podría traducirse por *dispensatio*). Se trataría, desde esta perspectiva —como ha sintetizado Berlingò⁴²—, de afrontar los distintos problemas pastorales que van apareciendo en las diversas épocas y culturas con la dinámica propia de la «economía» de la redención, en una adaptación realizada sobre la base de la racionalidad y del requisito de la causa en esa *economía-dispensa*; causa que se califica, precisamente, como *pastoral*⁴³.

Por mi parte, coincido con las observaciones críticas que se han formulado a estos planteamientos, en la línea de que la dispensa

41. Vid. en este sentido, por ejemplo, J. FORNÉS, *La regulación canónica...* cit., pp. 618 s.; ID., *Derecho matrimonial canónico*, cit., pp. 197 s.; E. BAURA, *La dispensa...* cit., pp. 164-167. Ciertamente, la posibilidad de disolución de los matrimonios no sacramentales o de los matrimonios ratos y no consumados —aparte de la consideración de que son supuestos excepcionales— no ha encontrado todavía una explicación del todo satisfactoria por parte de los especialistas. Es más: me parece que no resultará fácil que la encuentre, cabalmente porque estamos ante una cuestión en la que entra en juego la naturaleza sacramental del matrimonio y en la que, por tanto, intervienen datos de fe que sobrepasan los límites puramente especulativos humanos. Estamos en la frontera misma del misterio, en la que, por consiguiente, resultan decisivas las enseñanzas magisteriales.

42. Cfr. S. BERLINGÒ, *La causa pastorale della dispensa*, Milano, 1978; ID., *Giustizia e carità nell'economia della Chiesa. Contributi per una teoria generale del diritto canonico*, Torino, 1991; ID., *La dispensa dagli impedimenti matrimoniali*, en *Gli impedimenti al matrimonio canonico. Scritti in memoria di Ermanno Graziani*, Città del Vaticano, 1989, pp. 55 ss.

43. Cfr. S. BERLINGÒ, *La causa pastorale...* cit., pp. 425-433. El autor, haciendo referencia a algunas sugerencias doctrinales, señala, por ejemplo, que, desde la perspectiva de la presencia de determinados problemas para la acción de la Iglesia en el mundo contemporáneo «si può ancora parlare di *oeconomia/dispensatio*; ma urge recuperare a questi termini il significato più comprensivo ed originario; quel significato per il quale essi indicavano qualsiasi adattamento del sistema di guida della chiesa alle varie epoche e culture, in un processo di fedele continuità con il modello offerto dal ritmo delle missioni trinitarie e dalla dinamica dell'incarnazione dell'uomo-Dio nella storia del mondo» (*ibid.*, p. 426).

es una figura jurídica que no puede ser confundida con la idea genérica de *economía*. Estaríamos, en el mejor de los casos, ante una cierta involución; si bien se trata, obviamente, de un instrumento jurídico que se encuadra en el marco general de la *economía*. Es, desde luego, un instrumento flexibilizador de las leyes canónicas, pero, *congrua congruis referendo*, también es perfectamente concebible en los ordenamientos estatales⁴⁴.

d) *La dispensa como acto administrativo singular*

Acabo de apuntar que una equiparación de la economía con la dispensa supondría, cuando menos, una involución. Y es que, en efecto, el ordenamiento canónico, fatigosamente, pero con una cierta eficacia, ha ido avanzando en la línea de determinar mejor los perfiles técnicos de la dispensa.

El Código de 1983, en concreto, la ha incluido —como es bien conocido de todos— dentro de los actos administrativos singulares. La opción sistemática del legislador ha sido clara en este sentido. Sin embargo, la cuestión es discutible y ha sido discutida.

Prescindiendo de las explicaciones doctrinales anteriores al Código de 1983, bastará recordar aquí que Lombardía ha subrayado la configuración de la dispensa como acto administrativo precisamente por su sumisión al requisito legal de la causa; pero esta sumisión falla cuando en el propio Código —c. 90— se establece la validez de la dispensa sin causa dada por el legislador: en este supuesto —subraya Lombardía y, con él, otros autores— estamos ante un acto de naturaleza legislativa, ya que su límite no es el elemento causal, sino la racionalidad⁴⁵.

44. Cfr. E. BAURA, *La dispensa...* cit., pp. 144 s., en especial, nota 31 en p. 145. Por su parte Hervada, en el contexto epistemológico de la filosofía del derecho —por tanto, no con referencia exclusiva al derecho canónico— ha escrito: «La dispensa, aunque de aplicación reducida, resulta a veces conveniente para evitar que la generalidad de la ley conduzca en casos concretos a situaciones dañosas y suele estar prevista por el ordenamiento jurídico para ciertos supuestos» (J. HERVADA, *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*, Pamplona, 1992, p. 394).

45. P. LOMBARDÍA, *Ley, costumbre y actos administrativos en el nuevo Código de Derecho canónico*, en sus «Escritos de Derecho canónico y de Derecho eclesiástico del Estado», V,

Otros autores, en cambio, sostienen la naturaleza administrativa de la dispensa en todos los casos, sobre la base de que, frente a la ley, que es siempre abstracta o general, la dispensa es un acto singular y, además, es un acto sometido a la ley y no contrario a ella. Así, por ejemplo, Labandeira ha sostenido que es siempre un acto administrativo porque la ley prevé esta figura y habilita al que ejerce la función administrativa para que pueda concederla, siempre que exista causa justa. Es más: las normas que regulan la dispensa —las normas habilitantes de la potestad de dispensar, que permiten a la autoridad ejecutiva eximir de determinadas leyes— tienen efecto «derogatorio» de las normas dispensadas, de modo que la dispensa no innova el ordenamiento, sino que le da ejecución⁴⁶.

Dos observaciones se imponen: la primera relativa a la afirmación de que las normas habilitantes tienen efecto derogatorio de las normas dispensadas en el caso concreto; la segunda relativa a la necesidad de justa causa.

Baura ha hecho notar —con finura técnica, a mi juicio— que sería más exacto decir que las normas que habilitan a la autoridad ejecutiva para otorgar la dispensa son el *fundamento* legal, que hace a la actividad dispensadora legítima y acorde con el principio de legalidad administrativa; pero, en todo caso, el efecto derogatorio proviene del acto que concede la dispensa⁴⁷.

Pamplona, 1991, pp. 101-133, especialmente, pp. 128-133; ID., *Comentario al c. 90*, en *Código de Derecho canónico*, ed. cit., p. 109; ID., *Lecciones...* cit., pp. 166-168. También J. OTADUY, *El sentido de la ley canónica a la luz del Libro I del nuevo Código*, en «XVIII Semana española de Derecho canónico. Temas fundamentales en el nuevo Código», Salamanca, 1984, p. 74. Ha presentado el *status quaestionis*, reseñando algunas de las distintas posiciones, M. BLANCO, *Consideraciones sobre el «ius singulare» y el acto administrativo*, en «Ius Canonicum», 58 (1989), pp. 663-677.

46. Cfr. E. LABANDEIRA, *Tratado de Derecho administrativo canónico*, 2ª ed., Pamplona, 1993, pp. 346-349. Por lo demás, algunos autores (Bernárdez, Coriden, Jiménez Urresti, De Echeverría, etc.), al comentar la disciplina codicial de la dispensa, admiten, sin más —sin ningún tipo de discusión o polémica—, la calificación del acto dispensatorio como acto administrativo (cfr., en general, la exposición de E. BAURA, *La dispensa...* cit., pp. 223 ss., especialmente, para lo aquí apuntado ahora, p. 228, con las referencias bibliográficas reseñadas en la nota 12).

47. Cfr. op. cit., nota 17 en pp. 230-231. Con todo, véase lo dicho *supra* en la nota 1 de este estudio.

Y esto nos lleva de la mano a la segunda observación: la relativa a la necesidad de justa causa. ¿Qué ocurre con la validez de la dispensa sin causa concedida por el legislador y no por la autoridad ejecutiva: c. 90 § 1?

La explicación dada por Labandeira es la siguiente: las dispensas sin causa siguen siendo actos administrativos (no son normas singulares de carácter legislativo); pero actos administrativos ilegítimos —violan la justicia distributiva—, llevados a cabo por el legislador, y gravan su conciencia como actos inmorales. Ahora bien, por motivos de seguridad jurídica y para evitar dudas morales a los beneficiarios, que no han incurrido en subrepción u obrepción, la ley no los sanciona con nulidad, a tenor del c. 124 § 1 y análogamente a lo dispuesto en el c. 144 § 1⁴⁸.

En cambio, Lombardía —con una explicación que, desde el punto de vista teórico (otra cuestión es la perspectiva práctica y, desde luego, la clara opción sistemática del legislador de 1983), resulta de particular coherencia— ha escrito: «el legislador no estaría vinculado para dispensar a un sometimiento a normas legales o consuetudinarias. Sus dispensas serían válidas y lícitas cuando concurrieran en ellas las exigencias de *rationabilitas*, que condicionan la eficacia de toda norma canónica. De aquí la calificación de estas dispensas como normas singulares (...). Se plantea, sin embargo, el problema de que el *Codex* —de acuerdo por otra parte con una solución ampliamente admitida por la doctrina tradicional— otorga validez a las dispensas del legislador, incluso si no concurre una causa “justa y razonable”, lo cual parece eximirlo, no sólo del control de las normas, sino incluso de los requisitos sustanciales para la eficacia de la ley y la costumbre. Me parece que en este supuesto la conducta del legislador es ilícita —y objetivamente inválida—, por defecto de potestad. Sólo a esta conclusión puede llegarse si se considera la teoría de la norma canónica, no sólo desde la perspectiva de la *voluntas principis*, sino también desde el ángulo de la *rationabilitas*. Se admite, sin embargo, la eficacia de la dispensa, para legitimar la conducta del dispensado (que no es responsable de la laxitud

48. Cfr. E. LABANDEIRA, *Tratado...* cit., pp. 348-349.

de los criterios del legislador), en atención al fin supremo de la *salus animarum*. La analogía con el c. 144 me parece que reviste notable interés»⁴⁹.

En fin, es claro —ya se ha puesto de relieve con insistencia— que el legislador de 1983 ha incluido la dispensa dentro de la función administrativa. Pese a las dificultades existentes en algunos supuestos para una adecuada explicación técnica, que no ofrezca flancos débiles, sin fisuras ni aristas de ningún género —dificultades doctrinales ya subrayadas también aquí—, lo cierto es que esta opción lleva a considerar que el acto por el que se dispensa queda sometido al principio de legalidad.

Pero, como ya hubo ocasión de apuntar al comienzo de esta intervención, el principio de legalidad persigue, de una parte, que la actividad administrativa sea justa; y, de otra, la posibilidad de impugnación a través de los correspondientes recursos administrativos y, en su caso, judiciales. Y este doble fin se respeta a través de la configuración del acto de dispensar como acto administrativo, porque la justicia no radica sólo en la ley —la justicia legal—, sino que, a veces, la verdadera justicia va más allá de lo dispuesto en la ley —es la justicia del caso concreto—; justicia que queda garantizada por el requisito de la «causa justa y razonable» (c. 90 § 1) de la dispensa. Pero, además, la configuración administrativa del acto de dispensar —que sigue siendo tal, aunque provenga de quien tiene también potestad legislativa— ofrece la clara ventaja de su posible control —un control de legitimidad: no a través de la simple comparación con lo dispuesto en la ley, sino a través de un juicio de racionalidad—, que no podría darse si se considerase un acto legislativo. De ahí que no exista ningún inconveniente para que, en una efectiva organización del gobierno de la sociedad eclesial —materia de este Simposio—, se atribuya a quien ejerce la función ejecutiva o administrativa la potestad de llevar a cabo actos que derogan una ley en un caso particular con causa razonable y justa⁵⁰.

49. P. LOMBARDÍA, *Ley, costumbre...* cit., pp. 131-132.

50. Cfr. en este sentido E. BAURA, *La dispensa...* cit., pp. 233-242, especialmente, pp. 240-242. El mismo autor ha escrito en otro lugar, a propósito de la validez de la concesión de la dispensa sin causa: «Hay quien ve aquí una norma singular y no un acto administra-

Así las cosas, me parece que podemos pasar ahora a la otra gran figura de carácter flexibilizador en el ordenamiento canónico: el privilegio.

2. *El privilegio*

Tal y como lo ha configurado el legislador de 1983 en el c. 76, es «la gracia otorgada por acto peculiar en favor de determinadas personas, tanto físicas como jurídicas»; gracia que puede ser concedida «por el legislador y también por la autoridad ejecutiva a la que el legislador haya otorgado esta potestad».

Hay que reconocer que las resonancias de este texto respecto de la tradicional configuración del privilegio como *lex privata benevole concessa* son muy grandes⁵¹. En todo caso —y dejando aparte el debate doctrinal acerca de la naturaleza administrativa o legislativa del privilegio⁵²—, por mi parte subrayaría aquí sus rasgos diferencia- dores con la dispensa.

Han sido proverbiales las dificultades de la doctrina histórica para distinguir con claridad estas dos figuras⁵³; y también de algún

tivo, pues es una actuación que obtiene un resultado *contra legem* sin legitimación legal. Sin embargo, hay que tener en cuenta que el acto por el que se otorga una dispensa es siempre un acto administrativo singular; no hay que olvidar que en la Iglesia todos los que tienen potestad legislativa tienen también poder ejecutivo, y cuando un legislador concede en un caso particular la relajación de una ley está ejercitando una función administrativa. Por esto es muy acertado afirmar que, en la cuestión sobre la causa de la dispensa, el problema no se ha de plantear en términos de validez, sino de legitimidad. En efecto, el acto que contiene una dispensa, aunque haya sido dado por quien tiene potestad legislativa, está sometido al sistema de control jurídico de los actos administrativos; es decir, el acto administrativo ilegítimo que concedió la dispensa puede ser rescindido por la autoridad competente» (ID., *Comentario al c. 90*, en AA.VV., *Comentario exegético...* cit., vol. I, pp. 697-698. El autor se remite, en lo relativo a la afirmación sobre la legitimidad de la causa de la dispensa, a S. BERLINGÒ, *La causa pastorale...* cit., pp. 407-410).

51. Como es bien conocido, la famosa decretal *Abbate* habla del privilegio como *lex privata* (cfr. X, 5, 40, 25).

52. Ofrece una actualizada síntesis del *status quaestionis* M. J. ROCA, *Comentario al c. 76*, en AA.VV., *Comentario exegético...* cit., vol. I, pp. 649-656, con las oportunas referencias bibliográficas.

53. Vid. E. LABANDEIRA, *Tratado...* cit., pp. 345-346 y E. BAURA, *La dispensa...* cit., pp. 212-216, con las referencias bibliográficas ahí contenidas.

sector de la doctrina reciente⁵⁴. A mí me parece, en cambio, que son distintas y que deben distinguirse bien.

Por de pronto, se diferencian por la autoridad que puede realizar la concesión: la dispensa puede ser concedida «por quienes tienen potestad ejecutiva» (c. 85); el privilegio, en cambio, «por el legislador y también por la autoridad ejecutiva a la que el legislador haya otorgado esta potestad» (c. 76 § 1) (lo que parece indicar —como, en su momento, subrayó Lombardía⁵⁵— que, en esta segunda hipótesis, estaríamos, en no pocos casos, ante un supuesto de legislación delegada, al que sería aplicable por analogía el c. 30).

Pero, a mi juicio, la diferencia fundamental no está ahí, sino en que el privilegio otorga un auténtico y positivo estatuto particular a una persona —sea física o jurídica—; mientras que la dispensa simplemente libera de una obligación legal, en un caso determinado, pero no añade nada más. En otras palabras, la dispensa es una mera relajación de la ley en un caso particular por una causa justa. El pri-

54. Así, por ejemplo, Labandeira ha afirmado que «la dispensa es una de las especies del privilegio. Es un privilegio *contra ius*, que en concreto se caracteriza por eximir de una ley al que estaba sujeto a ella, otorgándole un derecho, facultad o potestad que esa ley le negaba, o liberándole de la carga que esa ley le imponía. Sustancialmente consiste, por tanto, en una situación jurídica subjetiva» (E. LABANDEIRA, *Tratado...* cit., p. 346). En esta línea, niega las diferentes razones que los autores aducen para distinguir el privilegio de la dispensa: no es esencial que el privilegio sea perpetuo, ya que cabe probar lo contrario, es decir, que es para un tiempo determinado (c. 78 § 1) y, además, hay dispensas perpetuas porque tienen una causa perpetua, y hay dispensas de tracto sucesivo (c. 93); se dice que el privilegio puede ser *praeter* o *contra legem communem*, mientras que la dispensa es siempre *contra legem communem*; pero este criterio no hace otra cosa sino afirmar que la dispensa es una especie dentro del privilegio; el autor niega también que la dispensa tenga un efecto meramente negativo —no concede nada, sólo libera de la obligación de la ley—, ya que esto mismo implica la concesión de una potestad, una capacidad, un derecho contrario a esa ley (cfr. *ibid.*, pp. 345-346).

En relación con este último punto Baura ha observado, a mi juicio con acierto, que, cuando la doctrina afirma que la dispensa tiene solamente una configuración negativa, no niega, con esto, que se produzca un efecto positivo en la situación jurídica del dispensado, sino que quiere decir, sencillamente, que el resultado es negativo en relación con la ley de la que se dispensa; es decir, que la dispensa únicamente sustrae del cumplimiento de una obligación o de la sumisión a una prohibición (efecto negativo), sin sustituir tales efectos con otros de la misma naturaleza (aspecto positivo). Que después el efecto negativo de la relajación de un precepto legal lleve consigo un efecto positivo en la posición del beneficiario es algo que nadie ha puesto en discusión en ningún momento (cfr. E. BAURA, *La dispensa...* cit., nota 75, en p. 216).

55. Cfr. P. LOMBARDÍA, *Comentario al c. 76*, en *Código de Derecho canónico*, ed. cit., p. 104; ID., *Lecciones de Derecho canónico*, cit., p. 167.

vilegio, en cambio, es una norma objetiva que puede otorgar positivamente otro estatuto normativo particular; y, por otra parte, no está ligado a la causa del caso concreto⁵⁶.

Ciertamente, el estatuto normativo particular que supone el privilegio podría parecer, *prima facie*, contrario al principio de igualdad, recogido en el c. 208⁵⁷. Pero un atento examen de los perfiles precisos de esta figura jurídica lleva a la conclusión de que estamos ante una norma que contribuye al bien común, puesto que acoge las exigencias propias de supuestos singulares no contemplados en la ley, es decir, en la norma general y con destinatario abstracto. No se puede olvidar que su fundamento último es el principio *salus animarum suprema lex*, que armoniza el bien común de toda la Iglesia con la necesidad de buscar la salvación de cada uno de los fieles⁵⁸.

56. Cfr. en este sentido E. BAURA, *La dispensa...* cit., pp. 217 ss. En relación con estos aspectos son de interés las observaciones y puntualizaciones de S. GHERRO, *Privilegio, bene comune e interesse privato*, Padova, 1977, pp. 179 ss. y S. BERLINGÒ, *Privilegi e dispense: dibattito aperto*, en «Ephemerides Iuris Canonici», 35 (1979), pp. 89-108. Vid. también, A. DE LA HERA, *La norma singular*, en AA.VV., *Dimensiones jurídicas del factor religioso. Estudios en homenaje al profesor López Alarcón*, Murcia, 1987, pp. 205-224; I. C. IBÁN, *Reflexiones en torno al «ius singulare»*, *ibid.*, pp. 239-253.

57. Para este punto me permito remitir a J. FORNÉS, *El principio de igualdad en el ordenamiento canónico*, en «Fidelium iura», 2 (1992), pp. 113-144; ID., «*Secundum propriam conditionem*». *La noción de fiel como eje del Libro II del Código de 1983*, *ibid.*, 6 (1996), pp. 159-179; ID., *Comentario al c. 208*, en AA.VV., *Comentario exegético...* cit., vol. II, pp. 59-63. Vid. también L. F. NAVARRO, *Il principio costituzionale di uguaglianza nell'ordinamento canonico*, en «Fidelium iura», 2 (1992), pp. 145-163.

58. Cfr. P. LOMBARDÍA, *Comentario a los cc. 79-80*, en *Código de Derecho canónico*, ed. cit., pp. 105-106; ID., *Lecciones...* cit., pp. 156-157 y 166-168. Por su parte, Hervada ha puesto de relieve que el privilegio está también presente en otros ordenamientos jurídicos distintos del canónico y ha subrayado, con gráficos trazos, cómo no atenta al principio de igualdad. «En cuanto al privilegio —escribe—, es cierto que se evita el nombre en las sociedades políticas modernas —por las connotaciones que tiene de la desigualdad propia del Antiguo Régimen—, pero también sigue existiendo, revistiendo la forma de ley, de acto administrativo o incluso de sentencia judicial. Por ejemplo, todas aquellas decisiones de gobierno que conceden un estatuto peculiar a personas o entidades singulares son por su índole privilegios, aunque revistan la forma de ley o de tratado internacional; así el trato de nación más favorecida» (J. HERVADA, *Lecciones...* cit., p. 394).

Se respeta el principio de igualdad, entre otras cosas, porque «es bien sabido que la ley, a causa de la generalidad y abstracción con que está elaborada, puede resultar inconveniente, dañosa y aun injusta en determinados supuestos. Cuando una norma singular se dirige a evitar tales efectos indeseables en los casos singulares, no atenta contra la igualdad, antes bien la establece, al equiparar todos los casos respecto del bien que la ley pretende obtener; pues, en efecto, si una ley produce un bien en la generalidad de los casos y un mal en un caso singular, causa una desigualdad, de modo que la norma singular que corrija ese mal iguala el caso singular a los casos generales» (*ibid.*, p. 396).

3. Referencia a la disimulación y a la tolerancia

En esta línea se sitúan también dos categorías canónicas de gran raigambre, manejadas —o, cuando menos, frecuentemente citadas— en este contexto por la doctrina. Me refiero a la disimulación y a la tolerancia: dos elementos flexibilizadores del ordenamiento canónico, mencionados por los autores, en ocasiones sin precisar adecuadamente sus confines, pero que siempre aparecen como unos recursos a los que puede —y, en los supuestos en que está justificado, debe— acudir la autoridad eclesiástica.

Me limitaré aquí, por consiguiente, a proponer las nociones que me parecen más aceptables, tanto de la disimulación como de la tolerancia, dejando para el último apartado de este estudio otro importante concepto, que afecta a toda esta materia: la equidad.

La disimulación es la actitud de la autoridad competente por la que finge no conocer un determinado comportamiento ilícito, *ad peiora vitanda*. Por tanto, se distingue claramente de las figuras jurídicas hasta ahora estudiadas. Por ejemplo, se distingue de la dispensa, entre otras cosas, en que no da lugar a ninguna nueva situación jurídica. De modo que —como, en su día, subrayó Olivero en su conocida monografía⁵⁹—, mientras la dispensa otorga un verdadero derecho al beneficiario, la disimulación no es otra cosa sino un comportamiento, con carácter provisional, de la autoridad, a través del cual consiente, de hecho, la conducta antijurídica, pero sin conceder su legitimación. De ahí que puedan ser objeto de disimulación incluso conductas contrarias al derecho divino, cuestión que, como hemos visto, no sucede, ni podría suceder, con la dispensa.

En cuanto a la tolerancia consiste en una intervención positiva de la autoridad eclesiástica que, pese a juzgar negativamente una determinada conducta, la consiente, creando un derecho a seguir tal conducta. Con todo —y aquí reside una clara diferencia con la dispensa—, la autoridad actúa, habitualmente, a través de una norma

59. Cfr. G. OLIVERO, «*Dissimulatio*» e «*tolerantia*» nell'ordinamento canonico, Milano, 1953, pp. 71 ss.

general y abstracta, una ley tolerante (*tolerari potest*), que permite una conducta determinada⁶⁰.

IV. LA EQUIDAD Y EL EJERCICIO DE LA POTESTAD ECLESIAÍSTICA

Se ha dicho con expresión gráfica que «es evidente que la doctrina sobre la equidad no puede ser despachada en unos pocos párrafos...»⁶¹. Quizá porque, como se añade a continuación, «la equidad canónica puede operar en niveles muy distintos: como norma de hermenéutica jurídica, como fuente supletoria de derecho y como sustancia de todo el ordenamiento canónico»⁶².

Pues bien, por mi parte —dejando aparte aquí las interesantes vicisitudes de su configuración histórico-doctrinal y remitiendo a la amplia bibliografía sobre la materia⁶³—, me voy a permitir sintetizar «en unos pocos párrafos» —consciente del riesgo que eso supone— todo lo relativo a una noción en la que, indudablemente, cabe un empeño doctrinal que puede abarcar toda una vida y traducirse en innumerables páginas.

Y es que, desde la perspectiva de este Simposio —la acción de gobierno; el ejercicio de la potestad en la Iglesia— y, más aún, desde cualquier otra perspectiva jurídica, la equidad no es otra cosa sino la jus-

60. Cfr. *ibid.*, pp. 170-171; 194 s.; E. BAURA, *La dispensa...* cit., pp. 186-199, con las oportunas referencias a las fuentes y a la bibliografía doctrinal, y cuyo esquema expositivo se ha seguido aquí en lo fundamental. Ha aludido también a la cuestión A. DE LA HERA, *La norma singular*, cit., pp. 222-224. Y ha presentado una síntesis, con indicaciones de fuentes y de bibliografía doctrinal, P. G. CARON, *Tolleranza e dissimulazione (diritto canonico)*, en «Enciclopedia del diritto», 44, Milano, 1992, pp. 714-720.

61. J. OTADUY, *Comentario al c. 19*, en AA.VV., *Comentario exegetico...* cit., vol. I, p. 392.

62. *Ibid.*, p. 392. Cfr. también M. POMPEDDA, *L'equità nell'ordinamento canonico*, en S. GHERRO (Ed.), *Studi sul primo libro del Codex Iuris Canonici*, Padova, 1993, p. 8, que, según Otaduy (*Comentario al c. 19...* cit., nota 41, p. 392), sugiere este triple enfoque.

63. Me permito recordar, en esta línea, los numerosos estudios (de Lefévre, Wohlhaupt, Alpa, Amen, Barton, Calasso, Caron, De Luca, Fedele, Mostaza, etc.) citados en la nota 305 de J. FORNÉS, *La ciencia canónica contemporánea (Valoración crítica)*, Pamplona, 1984, pp. 167-168, a los que habría que añadir, entre otros, J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *Derecho angloamericano y derecho canónico. Las raíces canónicas de la «common law»*, Madrid, 1991, pp. 67-92; los citados por J. OTADUY en el *Comentario al c. 19*, cit., pp. 391-394; o, en fin, las interesantes referencias —también desde el punto de vista de la jurisprudencia— de T. BLANCO, *La noción canónica de contrato*, Pamplona, 1997, pp. 160-174.

ticia del caso concreto. Es decir: la verdadera justicia, que consiste —hay que recordarlo una vez más— en dar a cada uno lo suyo: *su derecho*.

Ciertamente, se suele añadir que esta justicia ha de estar informada por la benignidad, la caridad y la misericordia, acogiendo la idea subyacente en la conocida definición de equidad atribuida a San Cipriano y recogida por el Hostiense («*iustitia dulcore misericordiae temperata*»)⁶⁴. Pero no hay que olvidar que, en todo caso, se trata de aplicar la justicia; es decir, no se trata de aplicar una caridad o una misericordia mal entendida que lleve a cometer una injusticia. Eso sí: será siempre una justicia del caso concreto, que tiene como telón de fondo la salvación de las almas.

De ahí que la equidad, aunque pueda ser considerada como un principio informador de todo el ordenamiento jurídico, tiene, sin embargo, su específico ámbito de operatividad en el momento de la *aplicación autoritativa* de la ley; es decir, en la aplicación realizada por el juez o por el que ejerce la función administrativa⁶⁵.

Por esto mismo, no ha de confundirse la equidad con la epiqueya. «Esta última —como se ha subrayado con precisión— es un juicio prudencial hecho por el sujeto privado para eximirse de la ley, y tiene vigor en el ámbito de la propia conciencia. Aunque las razones que medien en el uso de la equidad y de la epiqueya sean las mismas, o semejantes, la equidad es normalmente un acto de la autoridad pública, y tiene siempre una dimensión de fuero externo»⁶⁶.

En suma, si nos atenemos a una concepción realista del derecho, de modo que éste sea la *ipsa res iusta*, la equidad actuará como principio indicador, como potente faro iluminador de la prudencia jurídica del que gobierna o del que juzga, para determinar en cada caso concreto cuál es —en la práctica— esa *res iusta*, ese *ius* que a cada uno corresponde. No en vano la equidad aparece en el último canon del Código de 1983 como resumen y guía de la labor del auténtico jurista.

64. Cfr. HOSTIENSIS, *Summa aurea* (Lyon 1537=Aalen 1962), L. V, *de dispensationibus*, fol. 289rb.

65. Cfr. J. OTADUY, *Comentario al c. 17*, en AA.VV., *Comentario exegético...* cit., vol. I, p. 371.

66. ID., *Comentario al c. 19...* cit., p. 394.